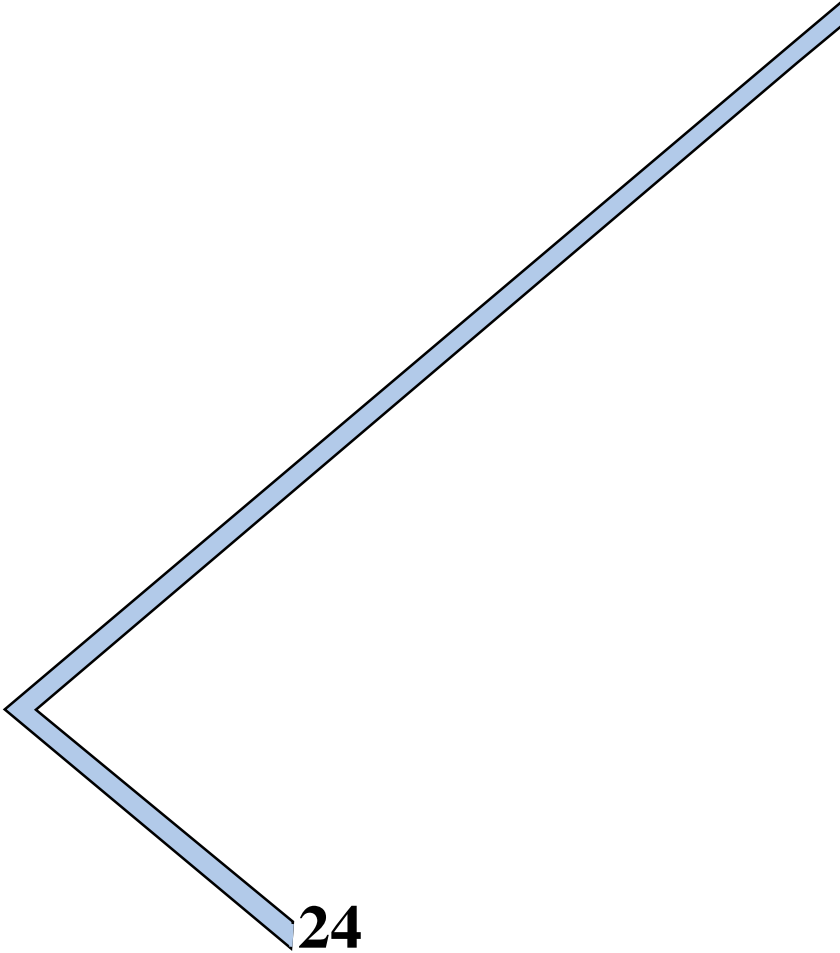


D

O

X

A



© Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

I.S.S.N.: 0214-8676
Depósito legal: M-27661-1989

Preimpresión: Espagrafic
Impresión: Ingra Impresores

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.–, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

**Estos créditos pertenecen a la edición impresa
de la obra**

Edición electrónica:



Juan Antonio García Amado

**Sobre el argumento a contrario en la
aplicación del derecho**

Índice

Portada

Créditos

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho	5
I. Tres modos de concebir el derecho y la decisión jurídica correcta	7
II. Equívocos y confusiones con el argumento a contrario	17
III. Tesis sobre el argumento a contrario	43
Referencias	58
Notas	63

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho (nota 1)

Juan Antonio García Amado

Universidad de León

Hay mucho de cierto en la afirmación que hace décadas hiciera Spendel, en el sentido de que «bajo prestigiosas palabras como «lógicamente fundado», «consecuencia necesaria», «analogía o razonamiento a contrario» se esconde a menudo no otra cosa que ideas oscuras o pseudoargumentos» (Spendel, 1957, 442). Resulta curioso en grado sumo que reine una tan grande oscuridad en un campo como el de la metodología de interpretación y aplicación del derecho, en el que han corrido y corren ríos de tinta. En este trabajo pretendo fundamentar semejante veredicto sólo en lo que tiene que ver con el llamado argumento a contrario.

Trataré de desentrañar algunos equívocos habituales o de combatir enfoques que considero erróneos, y de sustentar lo que estimo tesis más adecuadas y correctas sobre los caracteres de este argumento, su estructura y la función que cumple en el razonamiento jurídico. Pero antes de entrar en todo ello, se impone tomar conciencia de un dato crucial: de éste, como de cualquier otro asunto relativo a la teoría de la interpretación y aplicación del derecho y a los medios o instrumentos que en los correspondientes razonamientos decisorios se utilizan, apenas es posible hablar al margen de una determinada concepción del derecho y de las reglas rectoras de su práctica. Cierto es que los teóricos no suelen explicitar su postura al respecto, pero ésta siempre opera en el trasfondo, condicionando las tesis que se sostienen, con lo que se incurre en el poco recomendable defecto de presentar como verdades universales lo que no es sino dependiente de prejuicios o «aprioris» que no se justifican expresamente. De ahí que comience esta exposición trazando un muy elemental panorama de ciertas concepciones básicas del derecho y explicitando aquélla con la que teóricamente me identifico.

I. Tres modos de concebir el derecho y la decisión jurídica correcta

Entre quienes piensan que tiene sentido hablar de algo llamado derecho, en cuanto realidad de algún género y no mera ficción ideológica que encubre engañosamente la simple fuerza o el mero sinsentido, podemos diferenciar tres concepciones básicas acerca de esa realidad de lo jurídico, de la materia prima que de un modo u otro determina o dirige la decisión judicial o, cuando menos, aporta el elemento de contraste que nos permite sostener cosas tales como que el juez aplica correctamente el derecho, decide racionalmente en sede jurídica, respeta la legalidad establecida, acata el sistema de fuentes, etc., etc. Las denominaré concepción lingüística, concepción intencionalista y concepción material. Las tres comparten la idea de que hay algo preestablecido a la decisión judicial y que le sirve o le debe servir de pauta, y que ese algo tiene, por tanto, valor normativo. En aras de la simplificación, llamaremos a ese algo normas jurídicas, sin entrar, por no ser aquí el tema central, en ulteriores discusiones terminológicas.

La concepción lingüística ve el derecho como normas cuya realidad originaria es la de enunciados lingüísticos contenidos en ciertos textos (**nota 2**) a los que es atribuido valor

autoritativo, es decir, reconocidos como «fuentes» o receptáculos de normas que son derecho y no otra cosa (no mera moral, no mera política, no meros usos, no meras afirmaciones, etc.). El derecho, así, es primariamente lenguaje. No es algo anterior o distinto que se exprese a través del lenguaje, sino que está constituido en y por el lenguaje. Las normas jurídicas son fragmentos del lenguaje a los que se reconoce en una determinada comunidad o cultura ese especial status de ser derecho y no (meramente) otra cosa.

Para esta concepción, los problemas del tránsito de la norma jurídica, así vista, a la decisión jurídica que la aplica o en ella se basa son fundamentalmente los problemas que plantea todo lenguaje no formal, son problemas de interpretación. Al lenguaje de las normas, de los enunciados que las constituyen, ha de suponerse necesariamente un significado, pues en otro caso no tiene sentido ni razón de ser la producción normativa como emisión lingüística. Si los enunciados legislativos fueran por definición crípticos, inasibles y carentes de toda determinación significativa, la práctica legislativa (y la práctica jurídica toda) sólo podría explicarse como el más cruel y maquiavélico camuflaje de la arbitrariedad y la manipulación, como ideología en el más negativo de los sentidos. Y, con ello, caería por la misma pendiente todo el entramado

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

de ideas que hablan de principio de legalidad, democracia, separación de poderes, derechos, garantías, etc.

Mas decir que al lenguaje legislativo se le ha de suponer la capacidad de significación no implica en modo alguno caer en la ingenuidad de imaginarse que tal lenguaje es o puede llegar a ser perfectamente preciso, determinado e inequívoco. La semántica del lenguaje jurídico padece los mismos problemas que la semántica del lenguaje ordinario, si acaso con algunas peculiaridades y matizaciones (la existencia de terminología técnica, la presencia de definiciones legales, etc.). Ahora bien, así como en la vida diaria podemos entendernos, dentro de ciertos márgenes, a partir de nuestro lenguaje, podemos también entender, dentro de ciertos márgenes, lo que las normas nos dicen y lo que le dicen al juez que ha de aplicarlas. Pero no podemos desconocer que existen en el lenguaje de las normas términos vagos y ambiguos e incluso, a menudo, conceptos total o casi totalmente indeterminados. La teoría y la práctica del derecho han desarrollado, como respuesta a este problema, la teoría de la interpretación jurídica, que da o trata de dar pautas y reglas para concretar y precisar los enunciados de las normas jurídicas en lo que tengan de indeterminado.

Para esta concepción lingüística, la interpretación jurídica es aquella actividad que los teóricos del derecho o sus operadores prácticos llevan a cabo para aclarar y precisar el significado de los enunciados en que las normas jurídicas se contienen. El teórico suele realizar esta labor redefiniendo los términos o enunciados legales, utilizando expresiones sinónimas, etc. El práctico, por su parte, suele partir del problema que supone saber si un determinado hecho cae o no bajo la referencia del significado del enunciado normativo, si es subsumible bajo el mismo. Pero lo característico de esta concepción es que la semántica pone un límite a las interpretaciones posibles, a las concretas atribuciones de significado. Las interpretaciones posibles de un término legal son tantas como resulten compatibles con los límites de su significado en nuestro lenguaje (nuestro lenguaje ordinario y/o nuestro lenguaje técnico-jurídico) y con la lectura contextualizada de ese término, pero no más. Todo lo que traspase ese límite ya no será interpretación de esa norma, sino creación de una norma nueva. Y la decisión que se base en esta norma nueva ya no podrá presentarse como aplicación de aquella otra, como aplicación obediente de la misma o respetuosa con la vinculación a la misma.

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

Un ejemplo bien simple. Pongamos que la norma jurídica N dice: «se prohíbe el uso de gafas en todo tipo de embarcaciones marítimas». Sin chocar con el «sentido común lingüístico» podemos dar distintas definiciones de lo que en N se haya de entender por «gafas»; y podemos, en estrecha relación con lo anterior, establecer que bajo la referencia de ese término de N caen solamente los lentes con montura de uso diario, o también las «gafas» que se utilizan por ejemplo para soldar, o también las «gafas» de buceo, etc. Que le demos a ese término una u otra extensión estará justificado en razón del fundamento que podamos aducir para dicha elección (el fin de la norma, la intención del legislador, etc.), pero en cualquiera de esos casos estaremos cumpliendo con el mandato legislativo, con el respeto al texto normativo. En cambio, si alguien, alegando cualesquiera razones (de justicia, de equidad, de fidelidad al propósito del legislador, de conveniencia económica, etc.) sostiene que se puede entender que N prohíbe también el uso de pistolas en las embarcaciones, estaría creando una norma nueva, y al ejecutar esa prohibición frente a quien porta una pistola en una embarcación no estaría cumpliendo N, sino la norma nueva *por él* creada.

El partidario de la concepción lingüística no tiene necesariamente que ser opuesto a esa actividad creativa, ni siquiera

opuesto a la decisión *contra legem*. Puede, por ejemplo, entender que el derecho es lenguaje y no otra cosa, pero defender desde consideraciones políticas que cierto derecho (por ejemplo el de una dictadura) no debe ser obedecido. A lo que el partidario de esta concepción se opone es a que se llame aplicación de una norma jurídica a lo que, por no respetar los límites de su significado posible, es suplantación larvada de esa norma. Esta concepción, como tal, no se compromete necesariamente con ningún orden de valores ni ninguna política, y mucho menos es expresión de positivismo ideológico. Sus tesis de partida son ontológicas (el derecho es lenguaje y no ningún tipo de esencia pre o extralingüística), epistemológicas (no podemos conocer de modo fehaciente ningún tipo de realidad jurídica al margen del lenguaje) y conceptuales (se debe evitar la arbitrariedad terminológica y establecer criterios conceptuales precisos).

La concepción intencionalista contempla el núcleo o ser último del derecho como contenido del pensamiento y la intención de ciertos sujetos dotados de autoridad, paradigmáticamente los legisladores. Las normas jurídicas no agotan sus contenidos posibles en los enunciados lingüísticos a través de los que primariamente se manifiestan. Comprender una norma no es averiguar el significado o los significados posibles de

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

un enunciado legislativo, sino, en última instancia, desentrañar las intenciones que su emisor ligó a dicho enunciado. Las palabras de éste y su forma sintáctica, entonces, son un puro vehículo, más o menos fiel, más o menos certero, de esa otra realidad que es la que verdaderamente cuenta, la intención de su autor. La correcta interpretación de un enunciado legislativo, por tanto, es aquella que saca a la luz lo que el legislador quiso decir con sus palabras. Éstas permanecen para siempre unidas a aquellos contenidos de conciencia y nunca pueden llegar a hablar por sí solas. Sólo dan pistas, gozan de una presunción de certeza, pero tal presunción es derribable con argumentos que acrediten que para el legislador tuvieron un significado distinto del que tendrían para el hablante corriente (o el jurista corriente) aquí y ahora.

En esta concepción, la vinculación al derecho no es vinculación a la semántica de los enunciados legales, sino atadura a la intención del legislador. La autoridad de la ley es la autoridad de su autor, y el derecho no es definible como conjunto de enunciados legales, sino como contenidos de voluntad cristalizados en esos enunciados, que, repito, nunca se independizan de aquellas intenciones. El ser último del derecho no está o no se agota en las palabras y los textos, sino que está por debajo, dándoles a aquéllas y a éstos su verdade-

ro y único sentido posible. No es que la averiguación de las intenciones del legislador sea uno de los instrumentos aptos para precisar o elegir entre los significados posibles de los enunciados legales en lo que éstos tengan de indeterminado, como podría admitir sin problemas un defensor de la concepción lingüística. Se trata de que los significados posibles, la semántica del uso, cede ante aquella intención del autor, de modo que interpretación correcta podrá ser también aquella que dé a la norma un significado que vulnere abiertamente la semántica de nuestro lenguaje compartido. En un ejemplo caricaturesco, si al emplear en N el término «gafas» el legislador quiso realmente prohibir que en las embarcaciones se portasen lupas, esto y no otra cosa sería, según esta concepción, lo que N prohíbe.

En tercer lugar, tenemos la que denomino concepción material del derecho. Para ésta, la materia prima del derecho, su núcleo, su componente primero, no son ni palabras con significado ni intenciones de sujetos, sino contenidos valorativos materiales. La realidad jurídica última no es ni lingüística ni psicológica, sino axiológica. La realidad del derecho no es sino una parte de la realidad del mundo, y las reglas de fondo que ordenan el mundo están prefijadas, ya sea en un orden de la creación, ya sea en una armonía cósmica, ya sea en

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

una ontología ideal subsistente al margen de las determinaciones empíricas, y ya sea esa realidad universal e inmutable o cambiante con los tiempos y las culturas. El derecho, así, sólo se concibe como expresión de tales determinaciones objetivas que son independientes de contingencias tales como la semántica del uso lingüístico o los propósitos. Y, por tanto, las palabras de la ley (positiva) no son más, nuevamente, que (en el mejor de los casos) un intento más o menos afortunado, pero siempre inexacto e insuficiente, de reflejar esas pautas valorativas de fondo, esos valores. Interpretar rectamente la ley positiva es situarla en la mayor concordancia y armonía posibles con aquel orden de valores. Y, sobre todo, decidir con corrección jurídica un caso es otorgarle el tratamiento que desde ellos y a tenor de ellos merece. Cuando las palabras de la ley y su significado apunten en la misma dirección, será porque la ley acierta a transmitir los valores que importan, con lo que la consiguiente decisión del caso será conforme con la ley y el derecho. Cuando el caso caiga bajo la referencia de los términos legales, pero la consecuencia que se siga de su aplicación vaya contra lo prescrito por los valores que cuentan, aquéllos cederán ante éstos, y podrá quizá decirse que la decisión es *contra legem*, pero no contra derecho, pues la ley escrita no es sino la pura superficie o apariencia de lo que es el auténtico derecho. Sin embargo,

raramente o sólo en casos extremos las cosas se presentarán hacia el exterior con esta claridad. Es más cómodo y persuasivo mantener que se ha hecho una interpretación de la ley y que se la respeta en su verdadera esencia, aunque se la haga «decir» cualquier cosa que nadie entendería de sus términos.

Y nuevamente hay que aclarar que no nos referimos a que el intérprete, a la hora de elegir entre los significados *posibles* de una norma vaga o ambigua, eche mano de consideraciones finalistas, de equidad, de ponderación valorativa de consecuencias, etc., lo cual tampoco plantearía reparos al defensor de la concepción lingüística. No, se trata de que, para este tipo de doctrina, posibles son cualesquiera sentidos que hagan justicia al caso y sólo aquellos significados que hagan justicia al caso. Y el trato que el caso «demanda» es, para esta concepción, algo que viene determinado por la justicia y no por las palabras de la ley o las intenciones del legislador.

Creo que las tres concepciones son merecedoras de consideración y análisis, con la única condición, difícil y no muy usual, de que se mantengan coherentemente. Quien esto escribe se manifiesta (quizá se ha percibido ya) partidario de la concepción lingüística. No es lugar para entrar en más fundamentaciones y discusiones. Se pone de relieve solamente

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

para que desde ahí se comprenda y, si es necesario, se relativice lo que a continuación expondré sobre el concreto tema del argumento a contrario.

II. Equívocos y confusiones con el argumento a contrario

En este tema reina un profundo confusionismo (**nota 3**), fruto en muchas ocasiones de combinar acríticamente tesis sobre él que provienen de esas distintas concepciones del derecho y su práctica y, otras veces, de no explicitar suficiente y claramente los presupuestos iusfilosóficos desde los que cada autor razona sobre el asunto.

Intentaré pasar revista crítica a algunos de esos equívocos y de explicar su raíz en la respectiva concepción del derecho. En el capítulo siguiente expondré, en términos positivos, la que me parece la forma más acertada de concebir la forma y el juego de este argumento.

1. El argumento a contrario y el silencio de la norma (o del legislador)

Es sumamente habitual sostener que el argumento a contrario entra en juego respecto de aquello de lo que la norma guarda silencio (**nota 4**). El acierto de tal afirmación depende

de lo que se entienda por tal «silencio». Hay que diferenciar el silencio como falta de mención (expresa) y el silencio como falta de regulación, es decir, como laguna, para, a continuación, puntualizar lo siguiente, contrariamente a lo que la doctrina acostumbra a mantener: i) no toda falta de mención (expresa) de un supuesto significa que el mismo carece de regulación preestablecida en el ordenamiento jurídico; y ii) cuando tal regulación falta y hay una laguna, es precisamente cuando el argumento a contrario no opera. Veámoslo a la luz de unos ejemplos que representen distintas situaciones regulativas.

Ejemplo 1: silencio como falta de mención, no de regulación. Pongamos que la norma N dice: «En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, sólo la viuda tendrá derecho a pensión de viudedad?». Supongamos que un viudo reclama tal pensión. El argumento a contrario ahí jugaría del siguiente modo: «viuda» sólo puede hacer referencia, con arreglo a las reglas y convenciones de nuestro lenguaje, a cónyuge supérstite femenino. Si la norma dice «viuda» no podemos entender que quiere decir «viudo» o «viuda» indistintamente, pues en ese caso habría dicho «viudo o viuda» o «viudo» como denominación genérica del cónyuge supérstite, o cualquier otra fórmula abarcadora.

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

¿Ha surgido una laguna en ese caso? Para nada, pues queda claro que el asunto que hay que resolver, el del viudo reclamante, tiene su solución en la norma: no tiene derecho a pensión de viudedad, pues claramente rige en el ordenamiento que un derecho tal sólo lo poseen las personas a las que expresamente les sea atribuido por alguna norma (nota 5). Decir que hay ahí una laguna es incurrir en un absurdo total, sería como decir que en la normativa que regula los derechos de los estudiantes universitarios hay una laguna porque se concede expresamente el derecho a examen a quienes se han matriculado, pero no dice nada de los que no se han matriculado. En un caso como éste estamos jugando con candidatos positivos o negativos, no estamos moviéndonos en la zona de penumbra. Ahí el argumento a contrario es un puro argumento de respaldo de la legalidad vigente, frente a los intentos de obviarla con consideraciones o argumentos sustanciales (de justicia, etc.) (nota 6).

Estamos ante la función más normal del argumento a contrario, que vendría a apoyarse en que las expresiones legales significan lo que significan y que en ningún caso pueden significar otra cosa, y menos aún pueden significar lo contrario (nota 7).

En resumen, tenemos que en N no se menciona a los viudos, pero tal ausencia de mención no es falta de regulación. Esto, como veremos, se explica también entendiendo que el enunciado de N equivale a «sólo si se es viuda se tendrá derecho a pensión de viudedad», lo que es tanto como decir que si se es viudo no se tendrá derecho a pensión de viudedad. Por supuesto que es imaginable que un tribunal, por consideraciones de justicia, decida otorgar tal derecho a un viudo. Pero que tal decisión nos resulte grata con arreglo a nuestros valores no implica que deje de ser una decisión *contra legem* (nota 8).

Ejemplo 2: silencio como falta de mención que no se traduce en laguna, sino en problema interpretativo, de opción entre interpretaciones posibles. Supongamos que los precios que los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios han de pagar por sus entradas se hallan regulados por la norma siguiente.

N: «Todos los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios deberán pagar su entrada. Los que vayan hasta el estadio en moto pagarán una entrada de 1000 pesetas y todos los demás espectadores asistentes pagarán una entrada de 2000 pesetas».

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

N configura el conjunto de casos posibles de modo exhaustivo. Para el conjunto de casos de asistencia como espectador a un partido de fútbol establece dos subconjuntos: el subconjunto *a*, formado por los casos de quienes asistan al estadio en moto, y el subconjunto *b*, integrado por *todos* los demás casos de asistentes al fútbol como espectadores, al margen del medio en el que realicen el viaje hasta el estadio. Es decir, la norma no menciona expresamente el caso de los que vayan a pie, en coche, en autobús, etc., pero esa falta de mención, ese silencio, en modo alguno significa una laguna.

Imaginemos el siguiente caso: alguien que ha ido al estadio en ciclomotor reclama que se le cobre la entrada de 1000 pesetas, en lugar de la de 2000. Esto es, reclama el tratamiento correspondiente a los elementos del subconjunto *a*. Hemos quedado en que no hay laguna tampoco para este caso, pues el caso se integra o en el subconjunto *a* o en el subconjunto *b*, que son exhaustivos, por lo que no hay un subconjunto *c* de casos no resueltos para los que haya que crear una nueva norma, ya sea por entero o ya sea estableciendo para ella la misma consecuencia jurídica que N dispone para los supuestos de *a* o de *b*. Pero que no haya laguna no quiere decir que no se planteen problemas interpretativos para la aplicación de N a un asunto como éste. En efecto, que el ciclomotor sea

o no uno de los objetos designados por el término «motos» es algo que puede discutirse. No es descabellado pensar que forma parte de la zona de penumbra de este término. «Moto» tiene en nuestro medio lingüístico un significado ordinario y un significado técnico. Según que nos atengamos al primero o al segundo, el ciclomotor podrá formar parte o no de la referencia del término. Habrá pues que argumentar, con los medios normales de la interpretación jurídica (el método sistemático, la voluntad del legislador, el fin de la norma, etc.) la opción interpretativa que se adopte, y la consiguiente resolución del caso. Pero, repito, no se habrá colmado una laguna, sino que se habrá resuelto un problema interpretativo, y ninguna de las dos soluciones posibles sería calificable como contraria al tenor de N.

¿Cuándo y cómo podría entrar en juego el argumento a contrario en este ejemplo? *Una vez que se ha interpretado N* dándole, por ejemplo, el siguiente significado: N establece que sólo si se viaja en moto al estadio se tiene derecho a pagar la entrada de 1000 pesetas; por moto se ha de entender lo que para este término establece el Código de la Circulación (determinadas características mecánicas, de cilindrada, etc.); el ciclomotor no tiene esas características, por lo que, en esos términos, el ciclomotor no es una moto;

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

luego, si sólo los que acudan en moto, así entendido el significado de «moto», tienen ese derecho, *a sensu contrario* los que van con ciclomotor no tienen ese derecho. Aquí vemos cómo el argumento a contrario es tributario de una previa y determinada interpretación, de la que se limita a extraer la consecuencia. El esquema del razonamiento podríamos representarlo así:

1. $(x) Tx \leftrightarrow C$
2. $\forall x \rightarrow \neg Tx$
3. $\forall x$
-
4. $\neg C$

Pero como N también dispone la solución de los supuestos distintos de Tx (ir en moto al estadio), tenemos que el caso se resuelve por obra de la misma norma. Representamos por Rx «asistente al estadio por cualquier otro medio»:

1. $(x) Rx \rightarrow C'$
2. $\forall x \rightarrow Rx$
3. $\forall x$
-
4. C'

Ejemplo 3: existencia de una laguna que el argumento a contrario, por sí mismo, no colma, por lo que no compite directamente con el razonamiento analógico. Tomemos la norma N que dice: «Todos los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios deberán pagar la entrada. Quienes asistan en coche pagarán una entrada de 2000 pesetas y quienes asistan a pie pagarán una entrada de 1000 pesetas». Aceptemos que ninguna otra norma del sistema estipula la entrada que habrán de pagar quienes acudan por otros medios (en moto, en bicicleta, en autobús...). Es evidente, entonces, que hay una laguna respecto de todos estos otros casos. Es decir, se establece que todo el conjunto *a* de quienes acudan al fútbol como espectadores deben pagar entrada. De este conjunto *a* se regula la entrada que han de pagar los miembros del subconjunto *b* (los que acudan a pie) y del subconjunto *c* (los que acudan en coche). Si llamamos a los demás elementos del conjunto *a*, no abarcados por los subconjuntos *b* y *c*, subconjunto *d*, tenemos que para todos los elementos de este subconjunto *d* existe ausencia de concreta regulación en cuanto al precio de su entrada.

Supongamos que se plantea un caso de ese subconjunto *d*: alguien que acude al fútbol en bicicleta reclama que se le cobre el precio de 1000 pesetas de los que van a pie. ¿Cómo

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

se puede resolver el caso? Habrá, ineludiblemente que crear una norma nueva, pues el hecho no encaja bajo la referencia de ninguno de los supuestos que N concretamente regula. Para justificar la norma que se cree, se podrá argumentar de modos diversos, conforme a los métodos y argumentos habituales en estos casos. Entre los más socorridos estaría la analogía, que podría fácilmente aplicarse sobre la base de una determinada interpretación del fin de N (por ejemplo, si dicho fin fuera evitar la contaminación y los atascos producidos por los vehículos de motor en día de fútbol). Con ello se legitimaría la nueva norma que aplica al caso de las bicicletas la misma consecuencia jurídica que N establece para la asistencia a pie.

¿Tiene el argumento a contrario algo que decir en contra de esa solución analógica o de cualquier otra similar? En modo alguno. Invocar aquí tal argumento sería incurrir en un defecto lógico del razonamiento que, como luego veremos, ha sido resaltado por los mejores tratadistas del tema. Veámoslo. En aras de la simplicidad, tomemos sólo N como «si se asiste a los partidos de fútbol a pie se paga una entrada de 1000 pesetas».

1. $(x) Tx \rightarrow C$

2. $Bx \rightarrow \neg Tx$

3. Bx

4. $\neg C$

Es decir, echar mano del argumento a contrario para defender que puesto que N establece la consecuencia «pagar entrada de 1000 pesetas» para el caso de ir a pie, y puesto que ir en bicicleta no es ir a pie, se debe excluir aplicar esa consecuencia al ir en bicicleta, es incurrir en el defecto lógico del razonamiento que traduce la fórmula anterior y que sería fácil de demostrar ([nota 9](#)).

¿Qué tendría que ocurrir para que el razonamiento en cuestión fuera correcto? Que se interprete N en términos de «*si y sólo si* se acude al estadio a pie se tendrá derecho a pagar una entrada de mil pesetas?». Es decir, la premisa 1 debería tener la forma:

$(x) Tx \leftrightarrow C$

Y ese sentido a N no se lo da el argumento a contrario, sino la interpretación previa, más o menos admisible según el grado de razonabilidad o convicción que posean los argumentos con que la misma se sostenga. En consecuencia, no es el

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

argumento a contrario por sí y sin más el que se opone a la analogía, sino que la posibilidad de ésta se desactiva por la previa interpretación de N. Expresado de otra manera, lo que el argumento a contrario vendría a hacer sería simplemente mostrar el carácter lógicamente incorrecto de la aplicación analógica una vez que la norma ha sido interpretada en términos de «si y sólo si».

Todo esto es así para la concepción lingüística, que centra la cuestión en el tema del significado y la interpretación. Para la concepción intencionalista las cosas son también así, pero la pauta interpretativa determinante la da la voluntad del legislador. En cambio, para la concepción material lo que importa son las razones de justicia y equidad que sustenten la resolución del caso, por lo que la lógica y la semántica ceden ante el peso de esas razones. Esto es, por mucho que N se interprete verosímilmente en términos de «si y sólo si», o aun cuando el enunciado mismo de N fuera «si y sólo si», al que acude en bicicleta se le debe reconocer el mismo derecho que al que acude a pie si la justicia del caso así lo impone, pues el derecho es, antes que otra cosa, justicia, justo tratamiento de los merecimientos de cada caso. Quienes ven en la semántica o las reglas formales del razonamiento lógico un obstáculo para tal decisión, son despectivamente tildados de

formalistas irredentos y lacayos del abuso y la insensibilidad. Y si con ellos sucumbe también el legislador democrático, poco importa. *Fiat iustitia, pereat mundus*.

Ejemplo 4: la existencia o no de una laguna depende de la previa interpretación y el argumento a contrario sólo opera cuando la interpretación ha establecido que no hay laguna. Supongamos que la tenencia de animales en los domicilios particulares está legalmente regulada en el sistema por esta única norma N: «Queda prohibida bajo sanción S la tenencia en los domicilios de animales salvajes. Está permitida la tenencia de animales domésticos». Parece que la regulación legal es completa, pero se puede concebir una laguna respecto de los animales salvajes domesticados. Imaginemos que se impone la sanción S a un sujeto que tiene en su domicilio un tigre que ha sido recogido cuando era cachorro, al que se ha domesticado, que está perfectamente adaptado a la vida en el hogar y al que, además, se le han cortado las uñas y los colmillos para evitar cualquier riesgo para la integridad de las personas. ¿Es ese tigre un animal salvaje y está, por consiguiente, su tenencia prohibida bajo sanción, o encaja bajo la referencia de animal «doméstico»? Estamos planteando un interrogante interpretativo, y la respuesta interpretativa que se dé condiciona directamente la solución del caso. Las

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

respuestas posibles son tres, y no es difícil imaginar buenos argumentos, con base en los criterios y métodos de interpretación admitidos, para mantener cualquiera de las tres. No nos paremos en la fácil invención de esos argumentos y sinteticemos meramente las tres respuestas posibles: a) ese tigre sigue siendo un animal salvaje a efectos de la norma, con lo que rige la prohibición: hemos realizado una interpretación extensiva de «animal salvaje» que no vulnera su tenor literal; b) ese tigre es un animal doméstico a efectos de la norma, con lo que opera el permiso: hemos hecho una interpretación extensiva de «animal doméstico», que no vulnera su tenor literal; c) ese tigre es parte de un tercer género de casos que no se subsumen ni bajo «animal salvaje» ni bajo «animal doméstico»: hemos hecho una interpretación restrictiva de «animal salvaje» y de «animal doméstico», de resultas de las que ha surgido una laguna. El combate, por así decir, de cuyo resultado va a depender el que el caso del tigre domesticado se pueda resolver en el sentido de la prohibición, el permiso o una tercera solución (por ejemplo el permiso sometido a particulares medidas o precauciones) se ha librado en el terreno de la interpretación, y ahí el argumento a contrario no ha podido aún comparecer. Sólo podrá jugar una vez que una de esas tres interpretaciones se ha llevado a cabo. Veámoslo:

Si se ha sentado la interpretación a), hemos afirmado que el tigre domesticado es un animal salvaje a efectos de N, por lo que se sigue la consecuencia de la prohibición y, a sensu contrario, no puede seguirse la consecuencia del permiso o una tercera consecuencia.

Si se ha fijado la interpretación b), se mantiene que el tigre domesticado cae bajo el tipo legal de animal doméstico, por lo que se sigue la consecuencia legal del permiso y, a sensu contrario, no puede seguirse la consecuencia de la prohibición o una tercera consecuencia.

Si se ha fijado la interpretación c) y ese tigre no encaja ni bajo un supuesto ni bajo el otro, tenemos una laguna, y sobre el modo de resolverla el argumento a contrario no aporta *nada*. Por consiguiente, ahí un argumento a contrario no estaría en oposición ni a que se aplicara una norma de nueva creación que estableciera analógicamente la consecuencia de la prohibición, la del permiso o una tercera consecuencia distinta (por ejemplo, el permiso sometido a especiales controles o restricciones).

Con estos ejemplos comprobamos que el argumento a contrario no funciona cuando hay un silencio legislativo que significa falta de regulación de un caso, sino cuando por vía interpretativa se ha establecido que i) la mención de un caso

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

asociándolo a una consecuencia supone que se le debe aplicar esa consecuencia; o ii), que la no mención de un caso no significa falta de regulación de ese caso. Por contra, cuando el silencio legal respecto de un caso significa laguna, el argumento a contrario no aporta nada al colmado de esa laguna, ni se opone por sí a la analogía.

Otras tres afirmaciones frecuentes pueden ser atacadas desde lo que acabamos de decir: que el argumento a contrario va más allá del significado posible de la norma, que es lo opuesto a la analogía y que es uno de los medios para colmar lagunas. La crítica a estas tres afirmaciones se desprende ya de lo que he mantenido hasta aquí, pero conviene explicitarla y ampliarla más.

2. El argumento a contrario como desbordamiento del tenor literal de la norma

Se sostiene con alguna frecuencia que el argumento a contrario es creativo, es uno de los argumentos de desarrollo judicial del derecho, pues va más allá del significado posible de la ley. Ahí, más allá del significado posible, es donde, como veremos que se dice, se enfrentarían argumento a contrario y argumento analógico como medios para decidir «más allá»

del texto legal (**nota 10**). Una afirmación tal sólo puede fundarse en alguna de las siguientes posturas o confusiones:

– Confusión entre lo que la ley menciona y lo que la ley «dice», es decir, la regulación que contiene. Otra forma de expresarlo es diciendo que se trata de la confusión entre términos y significados. Ya me he referido a esta necesaria diferenciación. Tomemos el siguiente enunciado de la norma N: «Para todos los casos de H se debe aplicar la consecuencia C». H es un término genérico, un tipo legal abstracto (ejemplo: H = «tenencia en domicilio de animales salvajes»). Cuando, sobre la base de que s es un caso de H se resuelve que «se debe aplicar a s la consecuencia C», estaríamos, con tal planteamiento, integrando el derecho y yendo más allá de lo que la norma «dice», pues la norma no dice s, sino H. Parece obvio que tal forma de hablar representa un absurdo. Si s forma parte de la referencia de H, lo cual se establece mediante la interpretación, que puede ser más o menos dificultosa según que s forme parte del núcleo de significado de H o de la zona de penumbra, aplicar a s la consecuencia C, como resultado de aplicar N, no es ir más allá del significado posible. Sí sería ir más allá el negarle a s tal consecuencia mediante consideraciones valorativas. ¿Y qué diría el argumento a contrario ahí? Simplemente que hay que estar al significado de H, el

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

cual comprende a s, al menos mientras se quiera respetar la legalidad establecida y dicha legalidad se entienda basada en textos con significado. Por tanto, el argumento a contrario no va más allá de los significados posibles, sino que defiende que no se vaya más allá.

– Una parte de la teoría italiana de la interpretación, muy influyente, trabaja con la distinción conceptual entre disposición y norma. Tal distinción tiene una indudable utilidad teórica y puede clarificar bien el tránsito del enunciado legal a los enunciados interpretativos del mismo. Según esta distinción, toda interpretación sería productiva, y más si, como a veces se afirma, no existe cosa tal como los significados propios de las palabras de la ley. Es decir, si los términos legales no tienen un significado propio y si la norma la crea la interpretación en cada caso, los contenidos del derecho no los da el legislador, sino el intérprete. Así las cosas, repito, toda interpretación crea una norma que va más allá de los significados posibles del enunciado legal, y más cuando el número de tales significados posibles (en cuanto propios o preestablecidos) es igual a cero. La consecuencia es que no resulta entonces viable trazar coherentemente una distinción entre interpretación de un enunciado legal y creación de una norma nueva, y esto explica que se mezclen indistintamente

argumentos interpretativos y creativos, pues todos vienen a hacer lo mismo una vez que el significado posible no marca ningún límite a la actividad del intérprete y aplicador. Por eso puede Tarello mezclar en el listado de argumentos interpretativos los métodos tradicionales de interpretación en sentido estricto con cosas tales como la analogía, los argumentos a fortiori, los de equidad, naturaleza de las cosas, etc. (Tarello 1980, 341ss), incluyendo también el argumento a contrario entre los argumentos de la interpretación. Sólo cuenta la, ineludible, creación de la nueva norma y la lucha, sin límites prefijados, por el resultado. Desde esos presupuestos el argumento a contrario es «creativo (nota 11)» y no puede asumirse que tal argumento no crea una norma nueva sino que defiende una interpretación que es opción por uno de los significados posibles.

– Hemos visto en los dos párrafos anteriores que la confusión puede provenir de sostener que los términos legales no tienen referencia o que si la tienen no importa porque el intérprete por definición es libre para atribuir cualquier sentido a esos términos. Más coherente es la tesis de quienes piensan que dichos términos sí significan, pero que el límite formal que ese significado implica cede ante las consideraciones sustanciales que reflejan la verdadera esencia valo-

rativa del derecho. Desde un planteamiento así se justifica la afirmación de Lombardi de que tanto la analogía como el argumento a contrario suponen ir más allá del tenor literal de la norma, pues ambas hacen «decir a la ley algo que ella, por definición no ha dicho» (Lombardi, 1981, 100). En tal marco teórico, la pugna entre el argumento a contrario y la analogía ya no es entre el respeto a los términos legales, interpretados sin vulnerar sus significados posibles, y la transgresión de esos significados, sino un enfrentamiento abierto entre dos valoraciones contrapuestas de la justa decisión del caso, con base en la consideración valorativa de las semejanzas y diferencias.

3. El argumento a contrario como directamente opuesto a la analogía

Esta afirmación es un auténtico tópico, omnipresente en la doctrina (nota 12). Ya he mencionado que, con arreglo a la concepción que llamo lingüística, estos dos argumentos nunca se enfrentan directamente. Y ello por las siguientes razones: porque cuando el argumento a contrario puede entrar en juego es porque se ha establecido mediante la interpretación previa que no hay laguna para el caso que se discute (nota 13) y que, por tanto, no ha lugar para que funcione justificadamente la analogía (nota 14), que sería entonces

la base de una decisión contra legem; y porque cuando la interpretación ha dado que sí hay laguna para el caso, el argumento a contrario no tiene nada que decir para colmarla, pues es un argumento que refuerza la idea de que el caso ha de resolverse según la norma bajo cuyo significado se subsume y estamos diciendo que no hay tal norma y por eso existe laguna.

El presentar ambos argumentos como enfrentados es el resultado de una concepción material del derecho. El esqueleto del razonamiento suele ser así. Tenemos una norma N que establece que el caso F debe recibir la consecuencia C. Y hemos de resolver un caso F' que no cae bajo la referencia de «F», pero que guarda algún tipo de similitud relevante con F. ¿Cómo se resuelve dicho caso F'? Se dice, desde esta concepción, que la base de esa solución ha de ser la apreciación de si F' merece o no la misma consecuencia C que N establece para F, y ese juicio de merecimiento se basará en la valoración de si la regla de justicia o el valor que da su razón de ser a N (según la versión de la concepción material que se maneje) impone o no que a F' se le aplique C. El argumento a contrario (según este planteamiento) diría que, a tenor de la regla de justicia o del valor jurídico correspondiente, F y F' no son similares y, por tanto, no merecen el mismo tratamiento,

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

por lo que C no se debe aplicar a F'; y el argumento analógico diría que sí lo son y se les ha de aplicar la misma consecuencia C. Con esta manera de ver las cosas, el problema ha dejado de ser de interpretación y es simple y llanamente de valoración de resultados materiales. La decisión de aplicar N no será expresión del respeto a la legalidad contenida en sus términos, con su significado, sino manifestación de acuerdo con el resultado que tal aplicación da para el caso; y a falta de tal acuerdo valorativo, plena admisibilidad de la decisión *contra legem*.

Desde el desprecio que la concepción material profesa por la semántica y la lógica, se explica también el empeño en presentar, en los casos como el que acabamos de exponer, el argumento a contrario enfrentado con la analogía. Y al llevar dicho enfrentamiento al plano axiológico de la justicia del caso se escamotea hábilmente el problema del principio de legalidad y de la decisión *contra legem*. Veámoslo brevemente. Tal como deliberadamente he presentado el caso anterior, el argumento a contrario como tal nada puede suponer contra la aplicación de la consecuencia C a F' si es que respecto de F' existe una laguna. En tal caso, el juicio valorativo sobre la relevancia de la similitud entre F y F' es determinante de la pertinencia o no de la aplicación analógica de C a F', pero si

tal juicio, en el que el argumento a contrario no comparece, concluye que no existe tal semejanza valorativamente relevante, la analogía no se justifica, pero porque no se da su condición esencial, no porque haya obrado en contra el argumento a contrario. Salvo, claro, que llamemos argumento a contrario al siguiente esquema de razonamiento: i) dos casos que sean similares en lo que valorativamente importa deben recibir un tratamiento igual, y dos casos que no sean similares en lo que valorativamente importa no deben recibir un tratamiento igual; ii) los casos *a* y *b* no son similares en lo que valorativamente importa; iii) la norma *N* establece que el caso *a* debe recibir el tratamiento *C*; luego, «a contrario sensu», el caso *b* no debe recibir el tratamiento *C*.

En realidad así es como se representa el papel del razonamiento a contrario en las concepciones materiales del derecho (nota 15). Pero del mismo hay que decir que ya no se trata de un argumento «jurídico», sino de sentido común o de razón práctica, según como se mire, pues el juicio no se realiza en términos de legalidad o ilegalidad, sino de justicia sustancial; que no es así como en la práctica jurídica suele utilizarse; y, desde luego, que así visto pierde todo el sentido la afirmación tan habitual de que el argumento a contrario es un argumento de fidelidad al texto legal, de interpretación

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

restrictiva, de respeto al legislador (**nota 16**), etc. Es, simplemente, trivial, porque lo sustancial se resuelve en la ponderación de valores que determina que el argumento, en tales términos, sea aplicable o no.

La relación que en la práctica jurídica se da entre el argumento a contrario y el principio de legalidad, esa que se escamotea con los anteriores planteamientos, sólo se capta adecuadamente si no se pierde de vista que sólo representa un razonamiento correcto cuando la norma tiene (o recibe mediante una interpretación que fije así uno de sus significados posibles) la estructura formal de un bicondicional, como luego consideraremos con más calma. Por eso decía que la norma N anterior debe ser reformulada así para que el argumento a contrario funcione negando la posibilidad de una analogía *contra legem*. N: «Si y sólo si es el caso que F debe imponerse la consecuencia C». Esa norma sí veta que al caso F', no subsumible bajo el término «F», pueda extenderse la consecuencia C mediante la creación de una norma N' que ligue dicha consecuencia a F'. Solamente si es tal la estructura de N, el aplicar a F' la consecuencia C sobre la base de la justicia del caso en razón de la similitud valorativamente relevante de F' y F es una decisión *contra legem*. Los defensores de la concepción material tácitamente suelen asumir la

admisibilidad de tal decisión *contra legem*, pero raramente lo dicen con todas las letras.

4. El argumento a contrario como instrumento para colmar lagunas

Ya he insistido suficientemente en lo desenfocado de tal aserto, también muy común (**nota 17**). Sólo es necesario poner de relieve que quienes ven en el argumento a contrario un medio para justificar decisiones en caso de laguna manejan un muy determinado concepto de laguna: no laguna como falta de regulación legal de un supuesto, sino laguna como falta de mención o como laguna axiológica. Sobre lo primero no voy a volver. Lo segundo requiere poca explicación.

Para la concepción lingüística hay una laguna cuando un caso no es subsumible bajo alguno de los significados posibles de alguna norma, *una vez interpretadas* con respeto a las reglas semánticas y sintácticas y vistas en su contexto regulativo (**nota 18**) las que, en principio, pudiera pensarse que vienen a cuento, si es el caso.

La concepción material del derecho toma en cuenta el dato de que el enunciado legal abarque o no el caso a resolver, pero no es eso lo determinante. Lo determinante, para esta concepción, es que la norma contenga o no la solución justa

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

para el caso que se enjuicia y eso ocurre, al menos en buena medida, al margen de la semántica y la sintaxis (y de la lógica). Cuando un caso no recibe en los enunciados legales la solución justa, estaríamos ante una laguna. Esto puede suceder cuando:

– Los enunciados legales no prevén ninguna solución para el caso: se argumentará la decisión más aceptable valorativamente, integrando el derecho. Aquí el argumento a contrario no tiene nada que decir (salvo en la versión deformada que acabamos de ver), por lo que en modo alguno concurre como alternativa para colmar esa laguna.

– Un enunciado legal establece una solución para el caso, pero tal decisión (en cualquiera de sus interpretaciones posibles y compatibles con el significado lingüístico) se estima contraria a la justicia o el valor determinante de que se trate: se subsumirá el caso bajo tal valor y se dictará la consiguiente solución por él requerida, al margen de las palabras de la ley y sus significados. Aquí el argumento a contrario parecería para mantener que la regulación del caso es la que establece aquel enunciado, no otra. Pero *no está colmando la laguna, sino negando que exista*. El enfrentamiento ahí entre quien mantenga el argumento a contrario y quien propugne, por valorativamente mejor, la decisión *contra legem* del caso,

tiene lugar en planos diferentes: no en el de la discusión de la justa decisión del caso, sino en el de la concepción de base del derecho. El argumento a contrario lo invocará quien entienda el principio de legalidad como respeto a los significados posibles de los enunciados legales y, además, tenga un punto de vista favorable a valores tales como la certeza del derecho, el principio de separación de poderes, el respeto al legislador democrático, la soberanía popular, etc. Y a él se opondrá quien por encima de todas esas consideraciones sitúe un orden axiológico que no puede ser cuestionado por obra de ningún género (tampoco el democrático) de poder y soberanía, orden cuya certeza se tiene por más patente y accesible, tanto para jueces como para ciudadanos, que la dudosa semántica de los enunciados legales o sus consecuencias lógicas. Claro, si les preguntamos a continuación para qué se supone que sirve entonces el legislador, con toda la parafernalia de elecciones, parlamentos, etc., y para qué entretenerse en sancionar, promulgar y publicar textos legales, se nos responderá (o se nos debería responder con sinceridad) que para servir a la verdad. En derecho, la fe no mueve montañas, pero puede convertir códigos enteros en «maculatura».

III. Tesis sobre el argumento a contrario

Trataré ahora de sistematizar las tesis que he venido defendiendo como base de las críticas anteriores. Cabe resumirlas en dos: i) el argumento a contrario sólo es válido como sustento de una solución cuando toma pie en una norma cuya estructura es la del bicondicional, y ii) dicho argumento es tributario de la previa interpretación, pero no interpretativo en sí mismo.

1. El argumento a contrario y las normas como bicondicionales

Esta tesis no es en absoluto original. Klug la planteó ya con toda claridad desde la primera edición de su *Lógica jurídica*. Muchos otros la acogieron más tarde (**nota 19**)

Lo que se sostiene con esta tesis es el carácter lógicamente defectuoso del razonamiento que «aplique» a contrario una norma cuya estructura sea la del condicional simple, «si...entonces».

Veámoslo con algún ejemplo de nuestra jurisprudencia constitucional. El art. 9.3 de la Constitución dice que «La Constitución garantiza...la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». ¿Se contiene, a contrario sensu, en ese artículo

alguna regulación para el caso disposiciones sancionadoras favorables, determinando si deben o no ser retroactivas? El Tribunal Constitucional ha dicho que sí, que tal caso está regulado a contrario por dicho precepto constitucional (nota 20). ¿De qué modo se extrae tal conclusión de aquel artículo? ¿Se «impone» a contrario sensu realmente?

Podemos representar así la referida norma, siendo SNF «disposición sancionadora no favorable» y R retroactividad (por tanto, $\neg R$ = irretroactividad):

$SNF \rightarrow O\neg R$

¿Cómo cae bajo ese *dictum* una disposición sancionadora favorable? El razonamiento que lleva a cabo el TC tendría esta estructura (usamos SF por «disposición sancionadora favorable»):

1. $SNF \rightarrow O\neg R$

2. SF

3. OR

En tales términos lógicos, la conclusión es lógicamente arbitraria. Pero eso no cambia si añadimos una premisa 2. con la negación del antecedente de 1.:

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

1. $SNF \rightarrow O\neg R$
2. $\neg SNF$
3. SF
-
4. OR

La Constitución guarda silencio respecto de la retroactividad o no de las disposiciones sancionadoras favorables, y de ese silencio no se sigue nada para ellas (**nota 21**). La norma expresada en 4. es una invención del Tribunal, invención que puede considerarse avalada por buenas razones morales o políticas, pero no por argumentos de otro género. La Constitución no dispone nada sobre si deben o no ser retroactivas las disposiciones sancionadoras favorables (**nota 22**).

¿Cambia algo si reformulamos la norma expresada en 1 como bicondicional? Veamos que no:

1. $SNF \leftrightarrow O\neg R$
2. $\neg SNF$
-
3. $\neg O\neg R$

Es claro que «no obligatorio no R» equivale lógicamente a «permitido R» y «permitido no-R», pero en ningún caso a «prohibido R». O sea, que de la negación de que una norma

sancionadora sea desfavorable, esto es, de la afirmación de que sea favorable, no se sigue con arreglo a 1 que sea obligatoria para ella la retroactividad. Es lógicamente inválido el siguiente razonamiento:

1. $SNF \leftrightarrow O\neg R$

2. $\neg SNF \wedge SF$

3. OR

El razonamiento sólo sería válido si a la norma recogida en 1 se le añadiese una previsión relativa a SF:

1. $(SNF \rightarrow O\neg R) \wedge (SF \rightarrow R)$

De ese modo sí se contendría en la norma una regulación perentoria de todos los casos posibles de normas sancionadoras en cuanto a los efectos de su favorabilidad sobre la retroactividad. Pero, repito, la segunda parte de esa fórmula no se contiene en el art. 9.3.

¿Qué consecuencia extraemos para nuestro tema? Que el argumento a contrario juega ahí en falso, que no tiene ninguno de sus sustentos posibles (la semántica más la lógica del razonamiento en que se aplica), y que es un puro subterfugio retórico para proporcionar una pseudojustificación de la creación de una nueva norma constitucional, que, si pudiera

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

estar justificada, tendría que estarlo sobre otros argumentos o razones, y eso admitiendo que el TC pueda crear normas constitucionales.

¿Y no venimos sosteniendo, con la que estimamos mejor doctrina, que el argumento a contrario puede jugar sólo y siempre que la norma tiene la estructura del bicondicional? La respuesta es que sí, en efecto, pero no de cualquier manera. Y en este caso jugaría de la manera opuesta a la que engañosamente muestra el TC. Si el art. 9.3 se interpreta **(nota 23)** en términos de «*si y sólo si* una norma sancionadora es no favorable es obligatoria la irretroactividad de esa norma», lo único que a contrario puede mantenerse válidamente es que «*si* una norma sancionadora es favorable no es obligatoria la irretroactividad de esa norma». Por tanto, a la única pretensión a la que dicho argumento se opondría sería a la que sostuviera que una norma sancionadora favorable es obligatoriamente irretroactiva. Es decir, sólo puede defender que puede esa norma ser retroactiva, pero no determina que deba serlo. O sea, lo contrario de lo afirmado por el TC.

Este que estamos analizando es un ejemplo de cómo una decisión que valorativamente nos resulta grata se dota de un fundamento erróneo y falsamente objetivo. Se quiere presen-

tar con la fuerza de la semántica y la lógica lo que precisamente desde ellas se desautoriza ([nota 24](#)).

Veamos ahora un segundo ejemplo, también de nuestra jurisprudencia constitucional. El art. 25.3 CE dice que «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». El TC, en su Sentencia 21/1981, de 15 de junio (f.j.8), dice que «La Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. *Del artículo 25.3 se deriva «a sensu contrario» que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.* Y el artículo 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la ley para la fijación de los supuestos».

Si el art. 25.3 significa que «si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad» ($AC \rightarrow O\neg SPL$), estamos ante un condicional que no impone ni excluye ninguna solución para otros supuestos, que nada «dice» ni significa para la Administración Militar. Negando el antecedente no se niega lógicamente el consecuente.

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

¿Qué ocurriría si interpretáramos esa norma como bicondicional (si y sólo si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad? $AC \leftrightarrow O \neg SPL$. Aquí negar el antecedente implica negar el consecuente:

1. $AC \leftrightarrow O \neg SPL$
2. $AM \rightarrow \neg AC$
3. AM
-
4. $\neg O \neg SPL$

La conclusión expresada en 4., lógicamente correcta, nos dice pues que (dado 3., Administración Militar) no es obligatorio no imponer sanciones privativas de libertad, lo que equivale a que está permitido imponer sanciones privativas de libertad.

En este caso vemos que el argumento a contrario está correctamente empleado, pero a condición de que sea admisible la interpretación previa que lo sustenta, interpretación de la norma en términos de «si y sólo si». Por el hecho de aplicar el argumento a contrario de modo lógicamente competente, el Tribunal no tiene garantizada la corrección de su decisión. Para que lo esté, repito, hay que ver si realmente da argumentos interpretativos a ese respecto o si falazmente

los sustituye por la mera apariencia de interpretación que da el argumento a contrario.

Un ejemplo de decisión que hace uso del argumento a contrario sobre la base de una interpretación de la norma en términos de «si y sólo si» y que justifica dicha interpretación con argumentos interpretativos bien desarrollados, lo ofrece la STC 184/1994, de 20 de junio. La norma es el art. 894.1 de la LECrim., según el cual la incomparecencia injustificada de los defensores de las partes no será motivo de suspensión de la vista. En el caso que se examina se planteaba la cuestión de si debe ser causa de suspensión de la vista la incomparecencia *justificada* de los defensores (en el caso, el defensor tenía señalada otra vista de casación para el mismo día y hora, lo cual el propio tribunal, en la sentencia que motiva el amparo, había reconocido como causa justificada de incomparecencia). Representemos así el art. 894.1 LECrim. (II = incomparecencia injustificada de defensores; SV = suspensión de la vista):

II \rightarrow \neg SV

En tales términos, como condicional simple, nada se sigue para el caso de incomparecencia justificada (IJ), como ya sabemos. Pero el TC realiza un razonamiento a contrario y extrae del art. 894.1 el mandato de que debe ser motivo de

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

suspensión la incomparecencia justificada. Para ello, está interpretando dicho artículo en términos de «si y sólo si la incomparecencia de los defensores es injustificada no será esa incomparecencia motivo de suspensión de la vista». Es decir:

$$II \leftrightarrow \neg SV$$

Y el razonamiento queda de la siguiente forma, lógicamente correcta:

1. $II \leftrightarrow \neg SV$

2. $IJ \rightarrow \neg II$

3. IJ

4. $\neg(\neg SV)$

La interpretación del art. 894.1 LECrim. en la forma reflejada en 1. la sustenta en TC en diversos argumentos atinentes a «principios como el de contradicción y de igualdad entre las partes que han de presidir el procedimiento penal en cualquier instancia» (f.j. 3). Se podrá opinar sobre el carácter convincente o no de dicha justificación de aquella interpretación, pero no se puede discutir que se ofrecen razones admisibles para la misma y que el razonamiento a contrario que sobre ella se lleva a cabo es correcto. Quien quiera desactivarlo

deberá atacar aquellos argumentos interpretativos y fundar una interpretación diversa.

En suma, tenemos que el argumento a contrario se constituye en determinante de la corrección del fallo cuando o bien el propio enunciado de la norma tiene el carácter de «si y sólo si», o bien mediante la interpretación se le asigna dicho carácter en términos generales (**nota 25**). Sobre esa base, tienen razón los que dicen que el argumento posee cierto carácter trivial, pues no es sino explicitación de una consecuencia que se impone con necesidad lógica (**nota 26**). Para cualquier concepción del razonamiento jurídico decisorio que admita que éste sólo puede ser correcto (condición necesaria, aunque no suficiente) cuando es respetuoso con las reglas de la lógica, no será correcta la decisión que se base en una aplicación lógicamente defectuosa del argumento a contrario. Pero con esto de ninguna manera se quiere indicar que la lógica aporte nada más que esto. *En sí*, el argumento a contrario sólo puede ser atacado o admitido por razones de corrección lógica de su aplicación, pero tal cosa no quiere decir que toda decisión que aplique de manera lógicamente correcta dicho argumento sea ya, sin más, una decisión correcta y admisible. Pues ya sabemos que la corrección material de la decisión o su admisibilidad requerirá que se

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

entienda correcta o admisible la interpretación de la norma de base, interpretación en términos de bicondicional que habilita el uso del argumento a contrario. Cuestionado el resultado de esa interpretación, se cuestiona la conclusión que se infiere mediante lo que se llama el razonamiento a contrario.

No es extraño que los que propugnan una concepción material del derecho nieguen que el razonamiento a contrario exija la estructura bicondicional de la norma (nota 27). Para ellos, las reglas de la lógica no pueden constituir un límite a la realización de la justicia. Si una norma N dice «única y exclusivamente poseerán el derecho D los sujetos que se encuentren en las situaciones *a* o *b* o *c*» y hay un sujeto que no se halla en ninguna de esas situaciones, pero se encuentra en la situación *d* que, por su similitud esencial desde un punto de vista valorativo con cualquiera de las otras situaciones, se considera que en justicia es acreedor al disfrute del mismo derecho D, se dirá desde esta concepción que el juez debe reconocer a dicho sujeto tal derecho, aunque del tenor de la norma («si y sólo si...») se siga lo contrario, es decir, aunque razonando a contrario a partir de ese tenor se imponga con contundencia lógica lo opuesto (nota 28).

2. Dependencia del argumento a contrario respecto de la previa interpretación de la norma

También esta tesis ha sido resaltada ampliamente por la mejor doctrina (nota 29), y en particular por los cultivadores de la lógica jurídica. Así, Kalinowski plantea el tema con singular claridad, cuando dice que el argumento a contrario «es un raciocinio que explicita el sentido de la expresión cuantificadora «solamente» o de uno de sus sinónimos, tales como «únicamente», «exclusivamente», «...sólo... que», etcétera, empleados expressis verbis por el legislador, o que permanecen sobreentendidos» (Kalinowski 1973, 176). Y añade que «difícilmente se puede hablar aquí de interpretación del derecho. Porque la verdadera interpretación comienza solamente cuando se plantea la cuestión de saber si es necesario o no sobreentender en el texto interpretado el cuantificador «solamente», que hace posible la aplicación de la regla arriba mencionada» (ibid., 178).

Así pues, el argumento a contrario no es en realidad ni un argumento interpretativo, ya que los argumentos interpretativos deben ser usados con anterioridad a que sea posible echar mano del argumento a contrario, ni un argumento creativo, pues no produce una norma nueva, sino que saca las consecuencias de la norma preexistente interpretada. El resul-

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

tado de su utilización es dependiente de esa interpretación anterior, por lo que tal resultado se verá condicionado por la doctrina o concepción de la interpretación que el intérprete maneje. Aquí nuevamente se percibirá el enfrentamiento entre las tres concepciones que hemos esquemáticamente retratado.

Para la concepción intencionalista de la interpretación jurídica, hay que estar a la voluntad del legislador, más allá de la semántica del enunciado legal, para establecer si la norma liga al supuesto una consecuencia en términos de «solo si», excluyendo dicha consecuencia para otros supuestos **(nota 30)**. Es curioso que son muchos los autores que, sin adscribirse a esta concepción, sin embargo describen esa interpretación habilitante del argumento a contrario en términos de voluntad del legislador.

Para la concepción material son las razones de valor las que, también más allá de los límites semánticos, determinan que un caso deba recibir o no la consecuencia establecida en la norma. Una postura tal puede mantenerse de modo abierto y coherente o de manera más larvada y, a veces, incurriendo en contradicciones. Buen ejemplo de lo primero es de nuevo Kalinowski, para quien esa interpretación, guiada por la prudencia, tiene que tomar en cuenta «la naturaleza de las

cosas, con el fin de asegurar no solamente el respeto del derecho positivo, sino también su armonía total con el derecho natural. Es esta prudencia, que se ejerce a través de las reglas que ella ha producido, la que conduce al intérprete del derecho a explicitar y en caso de necesidad a desarrollar o aun a modificar el texto de la ley. Es ella la que le inspira las suposiciones gracias a las cuales se realiza la obra fundamental y esencial de la interpretación del derecho y que permiten luego la aplicación de una regla lógica del raciocinio *a contrario* en el caso del argumento *a contrario*. Porque es obedeciendo a estas reglas extra-lógicas de la prudencia jurídica que el intérprete del derecho, antes de seguir las reglas lógicas correspondientes, sobreentiende en el texto interpretado (...) en el caso del argumento *a contrario* la cláusula restrictiva “solamente”» (Kalinowski 1973, 179). Como dice Peczenik, la decisión sobre si se debe dar prevalencia a la analogía o al argumento a contrario «depende de que en la concreta situación se dé prioridad a la seguridad jurídica o a la justicia, o, en un sentido más amplio, de cómo se vea la relación entre *descripción de las fuentes del derecho y su justificación moral*» (Peczenik, 1983, 110-111). La concepción material del derecho pasa las fuentes por el filtro de la moral –pretendidamente objetiva– del intérprete, para imponer la justicia del caso y al margen no sólo de la seguridad jurídica,

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

sino también de cualquier teoría política de la legitimidad democrática.

Para la concepción lingüística, el tenor literal, esto es, los *límites* marcados por la semántica, traza el marco de las interpretaciones posibles. Así, por poner un ejemplo radical en que tales límites resulten bien patentes, si una norma N dice que «únicamente los X y nada más que los X tendrán derecho a D», es obvio, para esta concepción, que otorgar tal derecho a quien no forma parte de la referencia de «X» supone vulnerar palmariamente N, pues es difícilmente discutible el evidente significado de «únicamente ... y nada más». Así como para la concepción intencionalista o material el argumento a contrario, basado en los límites de significado posible de la norma, es un obstáculo, por lo que sólo admiten que su uso es correcto cuando lo querido por el legislador o lo valorativamente correcto coincide con ese significado posible, para la concepción lingüística el argumento a contrario funciona como guardián de la no vulneración del significado posible de la norma y como opuesto, por tanto, a la creación de una norma nueva para un caso subsumible bajo la norma existente. Por expresarlo de otra forma, este argumento, cuando se dan las condiciones para que opere, es un argumento de defensa del principio de legalidad (**nota 31**). Que la legalidad merezca

o no ser defendida, es cuestión que cada cual juzgará desde sus particulares concepciones del bien y de la sociedad, si bien ya se habrá percibido que quien suscribe simpatiza con el respeto a la legalidad *democrática*, respeto compatible con la generosidad ante la desobediencia civil que cumpla con sus más propios requisitos.

Por último, se ha de señalar que la concepción lingüística no excluye la presencia de argumentos y consideraciones finalistas, de justicia, intencionalistas, etc. en la interpretación de las normas jurídicas y, por supuesto, también en la interpretación que hace o no posible la invocación del argumento a contrario. La diferencia está en que tales argumentos concurren legítimamente para fundar o justificar la opción por una de las interpretaciones posibles, es decir, compatibles con la semántica del enunciado normativo leído en su contexto (**nota 32**), pero no para justificar la palmaria vulneración de los límites del lenguaje en nombre de ninguna de aquellas razones.

Referencias

- AARNIO, A. 1991. *Lo racional como razonable*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- AMATO, N. 1969. *Logica simbolica e diritto*, Milán, Giuffè.

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. 1986. *Sobre la analogía en el Derecho*, Madrid, Civitas.
- BYDLINSKI, F. 1991. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York, Springer, 2ª ed.
- CANARIS, C-W. 1983. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2ª ed.
- DICIOTTI, E. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli.
- ENGISCH, K. 1968. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., 1987. *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública.
- FALCÓN Y TELLA, M^a. J. 1991. *El argumento analógico en el Derecho*, Madrid, Civitas.
- FETERIS, E.T. 1999. *Fundamentals of Legal Argumentation*, Dordrecht, etc., Kluwer.
- FIKENTSCHER, W. 1977. *Methoden des Rechts. Band IV. Dogmatischer Teil*, Tübingen, Mohr.

- HELLER, T. 1961. *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlin, De Gruyter.
- HENKET, M. 1992. «On the logical analysis of judicial decisions», en *International Journal for the Semiotics of Law*, VI/14, pp. 153-164.
- HERBERGER, M., Simon, D.1980. *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt M., Alfred Metzner.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. 1998. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons.
- HOROVITZ, J. 1972. *Law and Logic. A Critical Account of Legal Argument*, Wien, New York, Springer.
- ITURRALDE SESMA, V. 1989. *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos.
- KLUG, U. 1998. *Lógica jurídica*, Santa Fe de Bogotá, Temis, reimpr.
- KOCH, H-J., Rüßmann, H. 1982. *Juristische Begründungslehre*, München, Beck.
- KOLLER, P. 1992. *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, Wien, etc., Böhlau.
- LARENZ, K., Canaris, C-W. 1995. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, etc., Springer, 3ª ed.

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

- LOMBARDI VALLAURI, L. 1981. *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam.
- LOOSCHELDERS, D., Roth, W. 1996. *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot.
- NAWIASKY, H. 1962. *Teoría general del Derecho*, Madrid, Rialp.
- PATTARO, E., 1988. «La completezza degli ordinamenti giuridici e i «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XVIII-1, pp. 145-161.
- PAWLOWSKI, H-M. 1981. *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg/Karlsruhe, C.F.Müller.
- PECZENIK, A. 1983. *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien/New York, Springer.
- RATSCHOW, E. 1998. *Rechtswissenschaft und formale Logik*, Baden-Baden, Nomos.
- RÖHL, K.F. 1995, *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, etc., Heymann.
- ROSS, A. 1994. *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 5ª ed.
- RÜTHERS, B. 1999. *Rechtstheorie*, München, Beck.

- SCHREIBER, R. 1992. *Lógica del Derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2ª ed.
- SOETEMAN, A. 1989. *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer.
- SPENDEL, G. 1957. «Der sogenannte Imkehrschluß aus § 59 StB nach der subjektiven Versuchstheorie», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 69.
- TARELLO, G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè.
- VILLAR PALASÍ, J.L., 1975. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos.
- ZIMMERMANN, T. 1954. «Analogie oder Umkehrschluß?», en *NJW*, pp. 624-627.

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

1 Agradezco a Rafael Hernández Marín sus muy valiosos y atentos comentarios al borrador de este artículo. Los defectos que aún contenga se deben, por supuesto, a mi responsabilidad o, incluso, a mi empeñamiento.

2 En la teoría del derecho española, una concepción lingüística mantenida con muy coherente radicalidad es la de Hernández Marín (vid. 1998, 114ss.).

3 Una buena síntesis de todas las confusiones posibles, resultado del acrítico acopio de aportaciones heterogéneas, a menudo de segunda o tercera mano, puede comprobarse en Falcón y Tella, 1991, pp. 163ss

4 Tal planteamiento se ve con suma claridad por ejemplo en Ezquiaga Ganuzas 1987, 168-169; Pawlowski 1981, 35. También Nawiasky decía que tanto analogía como argumento a contrario son posibles en los mismos casos, los casos de laguna, que tienen igual valor y que la elección de uno u otro es una cuestión valorativa (Nawiasky 1962, 206-207). Entre los pocos con un planteamiento riguroso, Canaris 1983, 44, que explica que son frecuentes los casos en que el que la ley calle sobre un caso no significa que no se siga una consecuencia jurídica para él, sino que tal silencio implica que mediatamente la ley ofrece para el caso una solución negativa.

5 Véase Canaris 1983, 50ss, sobre la necesidad de que para que se pueda afirmar un derecho exista una norma que lo conceda. Un ejemplo similar, extrayendo similares conclusiones, maneja Ross (Ross, A. 1994, 145).

6 No hay que confundir eso con otra cuestión. Podemos pensar que esa norma del ejemplo es inconstitucional, porque establece una discriminación entre hombres y mujeres. Pero en ese caso no es que afirmemos una laguna, sino que decimos que ha de ser eliminada por inconstitucional la norma que atribuye el derecho sólo a las mujeres. Si el TC la elimina por inconstitucional, habrá surgido, quizá (depende de otros datos del ordenamiento), una laguna (para todos, para viudos o viudas), pero en absoluto se puede decir que esté en ese caso el TC resolviendo una laguna cuando declara la inconstitucionalidad.

7 Desde la teoría intencionalista se diría que si el legislador dijo «viuda» fue porque sólo quiso dar ese derecho a las viudas, salvo que se demuestre que su intención era otra y cometió un error expresivo. Desde la concepción material se mantendrá que el que sean unos u otros los que posean el derecho depende de apreciaciones de justicia y equidad, siendo la referencia principal el tomar en consideración si viudos y viudas se encuentran en una situación similar, en cuyo caso con arreglo a la justicia poseerán el mismo derecho, o en una situación diferente, que justificaría el trato diverso, todo ello con independencia y al margen de la semántica y de los propósitos del legislador.

8 Ya sabemos que para los partidarios de la concepción material el *ius* es más que la *lex*, es *lex* más justicia, equidad, prudencia, etc. y subordinada a esto, por lo que aquella decisión no sería contraria a derecho aunque sea contraria a la *lex*.

9 Puede verse tal demostración, por ejemplo, en Schreiber 1992; 71-72; Klug 1998, 179-180.

10 Véase por ejemplo, en ese sentido, Koller, P., 1992, p. 213ss.

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

11 En el mismo sentido, Diciotti, E. 1999, 458ss.

12 Véase, Larenz/Canaris 1995, 209; Rùthers 1999, 494; Koller 1992, 215; Fikentscher 1977, 285-286; Iturralde Sesma 1989, 191; Lombardi Vallauri 1981, 97ss.

Una excepción: Villar Palasí, 1975, 221ss.

13 Como bien apunta Schreiber, cuando el argumento a contrario tiene cabida es precisamente porque «no puede deducirse ninguna regulación jurídica faltante» (Schreiber, 1992, 73).

14 En ese sentido apuntan con acierto Larenz/Canaris 1995, 210.

15 Buenas ilustraciones de este modo de razonar pueden verse con claridad en Looschelders/Roth 1996, 100-102; Heller 1961, 135; Feteris 1999, 8; Bydlinski 1991, 476-477. Con tal idea coquetea, un tanto dubitativo, Aarnio 1991, 151-152. Del modo más radical ese enfoque está presente en Lombardi Vallauri 1981, 98ss.

16 Tales afirmaciones en Tarello, 1980, 346ss. Lo sigue ampliamente Ezquiaga Ganuzas 1987, 165ss.

17 Véase, por ejemplo, Röhl 1995, 651.

18 Téngase en cuenta que el significado de la norma no es sólo el de los términos con que tipifica el supuesto de hecho o las consecuencias jurídicas, sino también el significado de sus conectores, pues, como hemos visto, no es lo mismo que se trate de un condicional simple, un bicondicional, etc. Insiste en el papel central de este objeto de interpretación Amato 1969, 398.

19 Véase Koch/Rüßmann 1982, 260-261 (En la teoría de Koch y Rüßmann, quienes tratan de fundamentar la estructura deductiva de cualquier razonamiento jurídico correcto, el carácter de bicondicional que ha de tener la premisa primera normativa se aplica en todo caso, no sólo en este que estamos viendo. «Resulta que la premisa primera de un razonamiento jurídico decisorio, la norma condicional universal, tiene que ser concebida como *bicondicional* si ha de poder obtenerse un enunciado sobre la consecuencia jurídica tanto para el caso de que se cumpla como de que no se cumpla el supuesto de hecho -ibid. 55-. Para la justificación de este planteamiento, ibid. 48ss. Un resumen de los problemas de esta teoría y de algunas críticas que ha recibido, puede verse en Ratschow 1998, 134ss); Herberger/Simon 1980, 60ss.

20 En su Sentencia 8/1981, de 30 de marzo, el TC manifiesta (f.j.3) que «El problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (...) viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales?. Interpretando «a contrario sensu» este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable?».

21 El tema no es pacífico. En su voto particular a la STC 203/1994, de 11 de julio, el Magistrado Cruz Villalón mantiene que el mandato de retroactividad de la norma penal favorable estaría contenido en el art. 25.1 CE. La cuestión es de suma relevancia práctica, pues según que tal mandato se extraiga de un precepto u otro, su vulneración será o no susceptible de amparo. Como se lee en la STC 15/1981, de 7 de

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

mayo (f.j. 7), «La retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento, a «contrario sensu» en el artículo 9.3 de la Constitución que declara la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. No es, pues invocable, en vía de amparo, reservada a las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución». La misma posición se puede comprobar, por ejemplo, en las SSTC 131/1986, de 29 de octubre (f.j. 2), 22/1990, de 15 de febrero (f.j. 7).

22 Sería impropio mantener que existe por ello una laguna. La Constitución pone límites a la actividad posible de los poderes públicos (en este caso del legislador y los jueces). En lo que no los limita, les reconoce libertad para regular los asuntos de un modo u otro, en este caso, para establecer en la ley el carácter retroactivo o no de la disposición sancionadora favorable que la ley contenga. En cambio, para la concepción material, si la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables es un mandato de justicia y la Constitución es antes que nada constitución material, expresión, tácita o explícita, de ciertos valores, de la Constitución se puede extraer contenidos que en modo alguno enuncia.

23 Hay que insistir en que tal interpretación es previa y habría de hacerse con los argumentos interpretativos admisibles y oportunos. Que resulte convincente o no, no depende de ningún argumento a contrario.

24 Puede ser interesante plantear el asunto también desde el prisma de la coherencia decisoria. No olvidemos que el art. 9.3 recoge

también «la irretroactividad de las disposiciones... restrictivas de derechos individuales». Si el argumento a contrario que el TC usa para establecer la obligatoriedad de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables fuera válido, tendría que serlo también para fundar la obligatoria retroactividad de las disposiciones ampliatorias de derechos individuales, lo que en la práctica significaría un caos jurídico inimaginable. Pero, entonces ¿por qué en un caso sí y en el otro no? Porque en el primer caso el argumento a contrario es una pura fórmula retórica que encubre las consideraciones axiológicas que verdaderamente cuentan para el TC. Mas no es correcto querer dotar falsamente del rigor de la lógica algo que forma parte de lo opinable. El declarar la obligatoriedad constitucional de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables o bien se basa en otros preceptos constitucionales que la sustenten (lo cual no sería, en principio, descartable) o bien deja de ser aplicación de la Constitución y pasa a ser creación de nuevas normas constitucionales. Y el problema de legitimidad política que esto plantea no debe quedarnos oculto por la simpatía que nos despierte el carácter «progresista» de la decisión.

25 La cuestión se suscita a menudo cuando el enunciado legal contiene una lista de objetos o acciones a los que se liga la consecuencia jurídica. El problema interpretativo, a falta de expresiones como «sólo», «únicamente» o similares, será determinar si esa lista constituye una enumeración meramente ejemplificativa o exhaustiva, pues sólo en este último caso cabe trabajar con el argumento a contrario (véase Herberger/Simon 1980, 61-62; Canaris 1983, 48). Un ejemplo.

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

La STC 102/1995, fj 30, al enjuiciar en conflicto de competencias la constitucionalidad del art. 33.1 del Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, que desarrolla en materia de caza y pesca la Ley 4/1989, relativa a la normativa básica de protección del medio ambiente, parte de que en dicho artículo 33 se dice que se considera «objeto de caza y pesca las especies que se relacionan en los anexos I y II». Y mantiene el TC: «A *contrario sensu* las especies excluidas de ellos no pueden ser capturadas o muertas», diciendo que se trata, pues, de una «prohibición implícita». Por tanto, esa relación de especies es una lista cerrada, y la corrección de tal interpretación se acredita fácilmente tomando en cuenta que el art. 33.1 de aquella Ley 4/1989 dice que «La caza y la pesca en aguas continentales sólo podrá realizarse sobre las especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza y pesca». No hay, pues, ninguna laguna respecto de las especies no mencionadas: rige la prohibición de su caza y pesca.

Más claramente aún, la STC 138/1994, fj.4, dice que no se puede aplicar la analogía a una lista exhaustiva contenida en la norma (en este caso, las causas de recusación de un magistrado ex 219.10 LOPJ).

Es interesante preguntarse qué ocurre cuando la lista es o se interpreta como abierta. ¿Hay una laguna respecto de lo que no se enumera pero es similar a lo que se enumera? Sugerentemente dice Pattaro que no es que se aplique la analogía, sino que el caso se subsume bajo la norma que se construye inductivamente a partir de los ejemplos enumerados: bajo un principio (Pattaro 1988).

26 Sin embargo, Herberger/Simon (1980, 63) sostienen que el argumento tiene su propia utilidad, pues «el razonamiento a contrario es

necesario justamente para el control de la previa interpretación, pues hace ver qué consecuencias tiene la asunción de una replicación (o equivalencia)».

Horovitz, en su crítica a las tesis de Klug sobre este tema, asigna ese carácter trivial y carente de interés al argumento a contrario lógicamente correcto que, así, no sería el «argumento especial» que interesa en la argumentación jurídica. Como tal argumento especial intera sólo en su disputa con la analogía y ahí el merecimiento de un trato y otro, y no la corrección en términos de lógica formal, sería lo relevante (vid. Horovitz 1972, 32ss, especialmente 44ss). Una buena síntesis de la polémica entre Horovitz y Klug puede verse en Atienza 1986, 101-103.

27 Así, Lombardi Vallauri 1981, 99.

28 Estamos ante lo que, en los términos de English, o bien es un ejemplo de derecho natural clásico o general-abstracto, o bien de «derecho natural individualizador», descrito por ese autor así a propósito de Stammler: «propiamente para *este* caso, y para *esta* situación específica, es justo *esto* y sólo *esto*, mientras que, en otras circunstancias o «en general» puede valer otra cosa como «derecho justo» (English, 1968, 403).

29 Véase, Klug 1998, 183; Soeteman 1989, 239; Herberger/Simon 1980, 60 ss; Henket 1992, 156ss.; Amato 1969, 399-400.

30 Con toda claridad en este sentido, Zimmermann 1954, 626-627.

31 Muy interesantes consideraciones sobre la relación entre argumento a contrario y principio de legalidad, siendo éste la base del

Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho

límite que desde aquél se plantea a la analogía, en Pattaro, E., 1988, especialmente 155ss.

32 Un buen ejemplo de cómo la interpretación sistemática y contextual de un precepto puede impedir la operatividad del argumento a contrario lo ofrece la STC 209/1993, de 28 de junio. Muestra que si bien la lectura aislada del art. 97 del anterior Código Penal podría permitir que jugará el argumento a contrario para autorizar la condena condicional en los casos en que la pena principal fuera de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, la lectura conjunta con el art. 93 impide tal conclusión, pues sólo autoriza la suspensión de pena en los casos de penas privativas de libertad (vid. f.j. 6).